überein. Ja! man ist sogar so weit gegangen, daß man hier und da den Provocanten — freilich mit Unrecht! — verstattet hat, beliebig jeden, auch ganz unzuständigen Richter anzugehn.

Thibaut's System des Pandectenrechts. Fünfte Ausgabe §. 1216. Gensler's Commentar, Ausgabe von Guyet Dictat zu §. 244, 245 und 246. Ausgabe von Morstadt Thl. II. S. 89. — Den Gerichtsgebrauch bezeugt Linde a. a. O. §. 336., die Richtigkeit der Theorie fürs gemeine Recht giebt auch Mittermaier a. a. O. S. 183 zu. — Von meiner eignen Erfahrung gilt das, was ich bereits in Note 50 gesagt habe. Beide, dort erwähnte, und viele andre Erkenntnisse bestätigen die hier im Texte ausgeführte Meinung.

XVIII.

Ueber die Verpfändung von jura in re, insbesondere des Pfandrechts.

Von Herrn Dr. F. Carl Theodor Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

Zu den möglichen Objecten der Verpfändung gehören nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen, d. h. Rechte, und zwar sowohl persönliche als dingliche Rechte (jura in re). Zum wenigsten lassen die Gesetze die Verpfändung des ususfructus (L. 11. §. 2. D. de pignor.), der servitus rustica (L. 12. D. eod.), des Pfandrechts (L. 13. §. 2. D. eod.), und des nomen (L. 18. pr. D. de pign. act.) zu, halten aber doch dergleichen Verpfändungen für eine Ausdehnung des Pfandrechts über seine ursprünglichen Gränzen hinaus, welche nur aus Rücksicht für das Beste der Contrahenten (ob utilitatem contrahentium, L. 12. D. cit.) vom Prätor gegen die Strenge des Rechts in

Schutz genommen werde (tuenda est haec conventio a Praetore, L. 11. §. 2. L. 18. D. citt.). So heißt es auch in L. 7. Cod. de hered. vel act. vend. (4. 39.): postquam *eo decursum est*, ut *cautiones quoque* debitorum pignori dentur etc. Allein daraus folgt noch nicht mit Gesterding [1]), daß eine Verpfändung unkörperlicher Sachen nur in den obigen, gesetzlich hervorgehobenen Fällen möglich sey. Denn, wenn auch die Gesetze nicht ausdrücklich sagen, jedes Recht sey mögliches Object der Verpfändung: so spricht doch dafür theils der Grundsatz, was verkauft werden kann, kann auch verpfändet werden [2]); theils die natürliche Billigkeit selbst, worauf die obigen Ausdehnungen gegründet sind; theils endlich und insbesondere, die Möglichkeit der Verpfändung des gesammten Vermögens [3]), mithin von Rechten aller und jeder Art, die darin enthalten seyn können. Daher unterliegt es wohl keinem Bedenken, daß auch die Emphyteuse und Superficies als solche, d. h. als jura in re, verpfändet werden können, wenn gleich, wie Gesterding erinnert, die Gesetze [4]) nichts weiter enthalten, als daß die körperlichen Sachen, welche den Gegenstand dieser Rechte ausmachen (das fremde Grundstück oder das Gebäude), vom Emphyteuta oder vom Superficiar verpfändet werden können.

1) Vom Pfandrecht S. 55.

2) L. 11. §. 2. D. de pignorib. (20. 1.): cum *emtorem ususfructus* tuetur Praetor, cur non et creditorem (d. h. den Pfandgläubiger) tuebitur? L. 9. §. 1. D. eod. quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest. L. 1. §. 4. D. quae res pignori (20. 3.): eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest.

3) L. 1. pr. D. de pignorib. (20. 1). L. 28. D. de jure fisci (49. 14). L. 7. §. 1. D. qui potiores in pignore (20. 4), und öfter.

4) L. 16. §. 2. D. de pign. act. (13. 7). L. 31. L. 13. §. 3. D. de pignor. (20. 1). L. 15. D. qui potiores in pign. (20. 4).

Stehen auf diese Weise die unkörperlichen Sachen (Rechte) als mögliche Objecte der Verpfändung, den körperlichen gleich: so müssen sie auch, wie diese, nicht bloß die Möglichkeit des *pignus*, sondern auch der Hypothek zulassen. Dafür spricht schon die L. 12. §. 3. D. de pignor. (20, 1.), wo es heißt: jura praediorum urbanorum *pignori* dari non possunt; *igitur* nec convenire possunt, ut *hypothecae* sint. Denn daraus folgt mittelst des arg. a contrario, daß diejenigen Servituten, welche eine Verpfändung zulassen — die servitutes rusticae, von welchen die, sich an die L. 11. D. cit. unmittelbar anschließende, L. 12. eod. spricht — auch zu Hypothek bestellt werden können. Noch deutlicher sagt dieß L. 11. §. 2. D. de pignor. (20. 1.), wo Marcian die nachher mit Ja! beantwortete Frage aufwirft: ususfructus an possit *pignori hypothecaeve* dari? Dasselbe muß natürlich auch vom Pfandrecht behauptet werden, wenn gleich in den Gesetzen nicht ausdrücklich von der Verhypothecirung eines Pfandrechts die Rede ist.

Auch versteht sich von selbst, daß die Wirkung des pignus auf der einen, und der Hypothek auf der andern Seite sich gleich bleiben muß, gleichviel ob von einer Verpfändung körperlicher oder unkörperlicher Sachen die Rede ist. Denn beide stehen sich gesetzlich als mögliche Objecte der Verpfändung gleich, und die bloße Qualität des Pfandobjects kann eben so wenig die allgemein rechtliche Wirkung des pignus und der Hypothek ändern. Gleichwohl hat man häufig für eine Wirkung der Verpfändung des dinglichen Rechts überhaupt ausgegeben, was nur eine Wirkung der Constituirung desselben als *pignus* ist.

Pignus und Hypothek unterscheiden sich bekanntlich dadurch, daß bei jenem das Object des Pfandrechts dem Gläubiger zu Besitz übertragen wird, während es bei dieser im Besitz des Verpfänders und Schuldners bleibt. Da nun unkörperliche Sachen keine *traditio* oder physische Uebergabe zum Besitz und Besitzergreifung zulassen, gleichwohl an jura

in re ein *pignus* constituirt werden kann: so muß zum Zweck der Besitzergreifung von unkörperlichen Sachen der Art, die s. g. *quasi traditio*, als ein Analogon, die Stelle der eigentlichen Tradition vertreten. Diese quasi traditio ist verschieden, je nach Verschiedenheit des dinglichen Rechts, dessen Besitz übertragen werden soll, d. h. je nachdem das jus in re von der Art ist, daß der Berechtigte dasselbe nicht ohne Tradition der Sache, woran es ihm zusteht, oder auch ohne dieselbe, vollständig ausüben kann. Demgemäß ergiebt sich leicht, welche Wirkung die Verpfändung eines jus in re haben muß.

1) Kann der Berechtigte sein jus in re nicht ohne Tradition der Sache, woran es ihm eingeräumt ist, ausüben: so kann er verlangen, daß ihm die Sache selbst, zum Zweck der Ausübung seines dinglichen Rechts, tradirt werde. Darin besteht z. B. die quasi traditio des *usus-fructus* [5], der Emphyteusis, u. s. w. Wenn daher der Schuldner, er sey Nutznießer oder Eigenthümer, seinem Gläubiger den ususfructus als *pignus* eingeräumt hat: so kann, da eine eigentliche traditio des Pfandobjects, als einer unkörperlichen Sache, nicht möglich ist, die Besitzübertragung des verpfändeten ususfructus nur darin bestehen, daß dem Gläubiger der *fundus* selbst tradirt wird, damit er sich im Nichtbefriedigungsfall durch die Veräußerung der Nutznießung bezahlt mache. Ist dagegen der ususfructus nur als Hypothek eingeräumt worden, so bleibt der Schuldner im Besitz des ususfructus, und der Pfandgläubiger erwirbt nur das Recht, im Fall er keine Befriedigung erhält, sich mittelst der actio hypothecaria utilis in den Besitz des ususfructus, folglich des fundus zu setzen, um durch die Veräußerung der Nutznießung sich bezahlt zu machen. So muß nach der Natur und dem Wesen des Pfandrechts entschieden werden. Gleichwohl lautet Papinian's Entscheidung bei Marcian in L. 11. §. 2. D. cit. anders:

5) L. 3. D. pr. de usufructu (7. 1).

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet? Et scribit Papinianus Lib. XI. Responsor. tuendum creditorem: et si velit cum creditore *proprietarius* agere, *non esse ei jus uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebitur: si non inter creditorem et eum, ad quem ususfructus pertinet, convenerit, ut ususfructus pignori sit. Nam et cum emptorem ususfructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et *debitori* objicietur exceptio.

Papinian spricht in specie von dem Fall, wo der Nutznießer seinem Gläubiger den ususfructus als *pignus* eingeräumt hatte, und setzt, ohne vom *jus alienandi* zu reden, die Wirkung dieses verpfändeten ususfructus in das *jus uti frui* des Pfandgläubigers; welches daraus hervorgeht, daß der Eigenthümer des fundus (proprietarius) dem Pfandgläubiger das *uti frui invito se* nicht gestatten wollte, und der Prätor letzteren in diesem Rechte schützt. Allein das *jus alienandi* versteht sich nach der Natur und dem Wesen des Pfandrechts, welches gerade durch die Veräußerungsbefugniß seine juridische Bedeutung erhält [6]), ganz von selbst. Daß verpfändete *nomina* verkauft werden können, sagt Diocletian in der L. 7. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) ausdrücklich [7]); und eben dasselbe gilt nach Paulus in der L. 12. D. cit. auch von der verpfändeten *servitus rustica*. Der Inhaber derselben soll sie nicht nur gebrauchen, sondern auch nöthigenfalls verkaufen dürfen (et si intra diem certum pecunia non soluta sit, vendere eas vicino liceat); und da überhaupt unkörperliche Sachen, als mögliche Objecte der Verpfändung, den körperlichen Sachen gleichstehen, so kann die Veräußerung eines verpfändeten

6) Beim ususfructus, als einem *jus personalissimum*, kann dieß aber nicht weiter als die Verpachtung gehen. Wächter in der Tüb. krit. Zeitschr. für Rechtsw. Bd. 6. H. 3. S. 371.
7) Mühlenbruch von der Cession S. 184. 2te Ausg.

ususfructus wohl eben so wenig einem Bedenken unterliegen. Eben dasselbe gilt vom Afterpfande, wovon nachher. Dagegen scheint auffallend, daß dem Pfandinnehaber des ususfructus ein *uti frui* zustehen soll, da doch dem Faustpfandgläubiger nicht ohne besondere Verabredung die Nutznießung des Pfandobjects zusteht. Man könnte vielleicht geneigt seyn, auch hier eine besondere Verabredung der Art zu supponiren. Allein dessen bedarf es nicht, vielmehr erklärt sich die Sache ganz einfach auf folgende Weise. Der Innehaber des verpfändeten ususfructus befindet sich im Besitz des *fundus*. Dadurch wird dem Pfandbesteller factisch unmöglich gemacht, sein Nutzungsrecht an demselben geltend zu machen. Mithin muß dem Gläubiger gestattet seyn, an die Stelle desselben das uti frui auszuüben. Als s. g. Faustpfandgläubiger zieht er also die Früchte, und macht sich nöthigenfalls durch den Verkauf derselben, und wenn auch dieß nicht ausreicht, durch die Veräußerung des *ususfructus* bezahlt. Wäre er nicht zum uti frui auctorisirt, so würde der fundus zu seinem und seines Schuldners Nachtheil brach liegen. Insofern versteht sich also das uti frui im Fall des pignus von selbst. Aber freilich begreift es nichts weiter als das Recht, die Früchte an die Stelle des Schuldners zu ziehen, um sich durch den Verkauf derselben bezahlt zu machen, keineswegs aber das Recht, sie gleich diesem jure dominii zu percipiren, und auf die Zinsen oder das Kapital abzurechnen. Bei der Hypothek fällt das uti frui des Pfandgläubigers natürlich weg, weil demselben weiter nichts als das *jus possidendi* und *distrahendi* eingeräumt ist.

2) Kann der Berechtigte sein jus in re auch ohne Tradition der Sache, woran es ihm eingeräumt ist, ausüben: so besteht die quasi traditio oder Besitzübertragung und Besitzerwerbung des *jus in re*, wenn dieses ein affirmatives Recht ist, darin, daß der Berechtigte dasselbe mit Genehmigung des Eigenthümers ausübt, wie dieß bei den

affirmativen Prädialservituten der Fall ist [8]). Wenn daher der Schuldner seinem benachbarten Gläubiger eine servitus rustica pfandweise einräumt, und zwar als *pignus*: so kann, da eine eigentliche (physische) Tradition des Pfandobjects, als einer unkörperlichen Sache, nicht möglich ist, die Besitzübertragung der servitus rustica nur darin bestehen, daß der Pfandgläubiger dieselbe mit Genehmigung des Constituenten ausübt, und im Nichtbefriedigungsfall sich durch den Verkauf derselben bezahlt macht. Wurde dagegen die Servitut nur zu Hypothek ertheilt: so erwirbt der Pfandgläubiger nur das *jus possidendi* und *alienandi*. Von dem ersten Fall spricht Paulus in der L. 12. D. de pignor. (20. 1.), welcher aus Pomponius folgende Stelle anführt:

Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse *Pomponius* ait: ut talis pactio fiat, *ut, quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, *vendere eas vicino liceat?* quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est.

Auffallend könnte hier nur die fortwährende Ausübung der Servitut bis zum Zahlungstage scheinen, und schon nach den Worten: *ut talis pactio fiat*, auf die Annahme einer besonderen Verabredung führen. Allein sie liegt offenbar in der Natur und dem Wesen des *pignus*, versteht sich daher von selbst. Denn, wenn dem Gläubiger eine körperliche Sache zu Faustpfand gegeben wird, so übt er die Detention derselben bis zu seiner Befriedigung aus, und insofern erscheint auch die fortwährende Ausübung der servitus rustica nur als eine fortgesetzte Detention derselben. Bei der Hypothek kommt sie natürlich nicht vor.

8) L. 20. D. de servit. (8. 1). L. 11. §. 1. D. de publ. in rem act. (6. 2).

3) Kann der Berechtigte sein jus in re eben so gut durch die Tradition der Sache, woran es ihm zusteht, als auch ohne dieselbe vollständig ausüben — und zu diesen Rechten gehört das Pfandrecht: so hängt es von der Willkühr der Contrahenten ab, ob dasselbe mit Besitzübertragung der Sache, oder ohne dieselbe Statt finden soll, oder mit andern Worten, ob das Pfandrecht pignus oder Hypothek seyn soll.

Dieses Pfandrecht, es sey pignus oder Hypothek, gehört gleichfalls zu den möglichen Objecten der Verpfändung, d. h. der Innehaber desselben kann es weiter verpfänden oder zu Afterpfand ertheilen, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil bedungen ist. So gewiß aber derselbe nur sein Pfandrecht, nicht aber die Sache selbst weiter verpfänden kann, weil er nicht Eigenthümer, sondern nur Pfandgläubiger derselben ist, und daher nichts weiter als das ihm an der Sache zustehende Pfandrecht auf seinen Gläubiger übertragen kann: so ist damit doch sehr wohl vereinbar, daß dem Afterpfandgläubiger der Besitz der verpfändeten Sache selbst übertragen wird; wie dieß auch sagen: L. 13. §. 2. D. de pign. (20. 1.): cum pignori *rem pigneratam accipi* posse placuerit, und L. 1. C. si pignus pign. (8. 24.): etiam id, *quod pignori obligatum est*, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit. Denn, so wie der ususfructus und die servitus rustica, so muß auch das Pfandrecht so gut die Möglichkeit des *pignus*, als der Hypothek zulassen. Wenn nun der erste Gläubiger das ihm an der Sache seines Schuldners zustehende Pfandrecht seinem Gläubiger weiter und zwar als *pignus* verpfändet hat — welches natürlich voraussetzt, daß er selbst Faustpfandgläubiger sey: so kann, da eine eigentliche Tradition des Pfandrechts, als einer unkörperlichen Sache, nicht möglich ist, die Besitzübertragung desselben nur darin bestehen, daß er den Besitz der ihm verpfändeten Sache auf seinen Gläubiger überträgt. Gleichwohl ist dem Letzteren

die Sache selbst so wenig verpfändet, wie im Fall des verpfändeten ususfructus, der fundus, dessen Besitz dem Pfandgläubiger übertragen wurde. Hat dagegen der Faustpfandgläubiger sein Pfandrecht nur verhypothecirt, so bleibt er im Besitz der ihm verpfändeten Sache, und der Afterpfandgläubiger erhält nur das *jus possidendi et distrahendi.*

Allein wie weit erstreckt sich diese Veräußerungsbefugniß? Nach der Natur der Sache, sollte man meinen, hat der After-Pfandgläubiger, gleich dem Innehaber eines verpfändeten ususfructus und einer servitus rustica, nur das Recht, das ihm verpfändete Pfandrecht, nicht aber die Sache selbst (indem diese ihm ja nicht verpfändet ist) zu veräußern, und daß sich zu diesem Verkauf wohl auch ein Käufer, namentlich der eine oder andere Gläubiger des Afterverpfänders, finden werde. Gleichwohl sagt Gordian in der L. 1. C. cit., der After-Pfandgläubiger dürfe, wenn nur der erste Verpfänder nicht schon seinem Gläubiger Zahlung geleistet habe, die Sache selbst veräußern, und der Verkauf werde nicht etwa durch die nachträgliche Zahlung des ersten Verpfänders rescindirt.

L. 1. Cod. cit: Sed si vos *usumfructum possessionis* tantummodo pignori dedistis, isque qui accepit alii eam *possessionem* (h. e. fundum), cujus usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pigneraverit: creditor ejus id, in quo pignoris vinculum non consistit, distrahens, dominio vos privare nequit.

Wenn dem Pfandgläubiger nur der Nießbrauch eines fundus verpfändet ist, so kann er seinem Gläubiger natürlich auch nur diesen, nicht aber die Proprietät verpfänden. Hat er letztere dennoch verpfändet, und der zweite Pfandgläubiger den fundus nachmals zu Verkauf gebracht, so schadet dieß dem ersten Verpfänder nicht.

Quod si non — fährt Gordian fort — fuit vestro creditori ususfructus, sed *ipsa possessio* (h. e. fundus)

pignerata, et ante exsolutam a domino pecuniam creditor secundus *pignus acceptum vendidit*, non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, Divorum principium placitis continetur.

Diesemnach kann also der After-Pfandgläubiger die Sache selbst zu Verkauf bringen, wenn er von seinem Schuldner nicht zur festgesetzten Zeit Zahlung erhält. Gleichwohl war ihm die Sache selbst nicht verpfändet, sondern nur das seinem Schuldner daran zustehende Pfandrecht. Allein es erklärt sich dieß ganz einfach dadurch, daß, so wie der Pfandgläubiger als Stellvertreter des Eigenthümers berechtigt ist, die ihm verpfändete Sache zu Verkauf zu bringen, eben dieses Recht auch dem After-Pfandgläubiger, als Stellvertreter des Stellvertreters, zustehen muß; oder m. a. W., der Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht weiter verpfändet, überträgt dadurch die Rechte, die ihm im Verhältniß zu seinem Verpfänder (dem Eigenthümer der Sache) zustehen, auf seinen Gläubiger; daher denn der letztere z. B. auch befugt ist, utiliter eine actio hypothecaria gegen den ersten Verpfänder auf Herausgabe der Sache anzustellen. L. 13. §. 2. D. cit.

Darin liegt auch keine Härte gegen den Eigenthümer und resp. ersten Verpfänder der Sache. Denn, wenn der After-Pfandgläubiger das Pfand zu Verkauf bringt, so setzt dieß nothwendig voraus, daß der erste Verpfänder die zur Zahlung festgesetzte Zeit hatte verstreichen lassen, mithin der Gläubiger desselben zur Veräußerung der Sache schon befugt oder wirklich berechtigt war. Dieses Veräußerungsrecht übt jetzt nur sein Gläubiger an seiner Statt aus, und durch dieses stellvertretende Verhältniß wird der Eigenthümer und resp. erste Verpfänder der Sache in seinen Rechten nicht gekränkt. War dagegen die Schuld des ersten Verpfänders zur Zeit der mora des zweiten Pfandschuldners noch nicht fällig: so kann auch der After-Pfandgläubiger die Sache nicht zu Verkauf bringen. Setzen

wir z. B. A ist dem B ein nach 10 Jahren zahlbares Kapital schuldig, und hat ihm zur Sicherheit für diese Schuld ein Pfandrecht gegeben. Dieses Pfandrecht hat B dem C für eine schon nach zwei Jahren zahlbare Summe Geldes weiter verpfändet. Zahlt nun B dem C nicht zur rechten Zeit, so steht darum dem C noch nicht das Recht zu, die Sache des A sogleich zu Verkauf zu bringen, sondern er muß erst abwarten, daß auch der A die noch übrigen 8 Jahre ohne Zahlung verstreichen läßt. Erst dann sind die Bedingungen vorhanden, unter welchen er das Afterpfand veräußern darf. Freilich drücken sich die Gesetze hierüber nicht bestimmt aus; allein die Sache kann sich nicht wohl anders verhalten. Denn durch die Verpfändung eines Pfandrechts überträgt der Verpfänder seinem Gläubiger nur die ihm gegen seinen Schuldner zustehenden Rechte, kann also nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht mehr Rechte auf ihn übertragen, als ihm selber zustehen. Die L. 1. C. cit. läßt sich hierauf gar nicht ein, sondern sagt nur: der After-Pfandgläubiger dürfe das Pfand *ante exsolutam a domino pecuniam* verkaufen, womit aber nichts anderes gesagt ist, als daß der Verkauf *post* exsolutam a domino pecuniam nicht mehr möglich sey, was sich auch von selbst versteht. Denn zahlt der A dem B was er ihm schuldig ist, so erlischt mit der obligatio principalis das Pfandrecht des B, und mit diesem auch das daran constituirte Afterpfand. Nicht anders sind auch die Worte Marcians in der L. 13. cit: *quamdiu utraque pecunia debetur* zu verstehen, indem sie jedenfalls nur aussagen, der After-Pfandgläubiger könne sein Pfandrecht gegen seinen Schuldner, und gegen den Schuldner seines Schuldners (den ersten Verpfänder) nur unter der Voraussetzung geltend machen, daß von beiden Seiten noch nicht Zahlung erfolgt sey (Vergl. Anm. 9. und 10.). Beide Gesetzstellen bestimmen also nur, positiv ausgedrückt: wie lange das Pfandrecht des zweiten Pfandgläubigers währe; oder negativ ausgedrückt: wann es nicht mehr geltend gemacht

werden könne; und damit ist denn die obige, aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen hergeleitete Limitation sehr wohl vereinbar. Diese Ansicht findet auch ihre Bestätigung in der L. 2. Cod. si pignus pignori (8. 24.)

> Si creditor possessionem (h. e. fundum), quae a parentibus tuis pignoris jure fuerat obligata, *non vendidit*, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praesidis provinciae recuperare.

Hier ist folgender Fall entschieden: A war dem B eine Summe Geldes schuldig, und hatte ihm zur Sicherung derselben ein Pfandrecht an seinem fundus bestellt. Dieses Pfandrecht hatte der B dem C weiter verpfändet. Inzwischen war der Zahlungstermin des A verstrichen, mithin konnte der B den fundus zu Verkauf bringen. Allein er hatte von diesem Recht noch nicht Gebrauch gemacht (non vendidit), dafür aber auch von seiner Seite den Zahlungstermin verstreichen lassen. Jetzt waren die Bedingungen vorhanden, unter welchen der After-Pfandgläubiger, als Stellvertreter seines Verpfänders, den fundus zu Verkauf bringen konnte, und dieß war auch seine Absicht. Allein die Erben des A fragten beim Kaiser Diocletian vor, ob sie nicht durch Bezahlung dessen, was ihr Gläubiger (der B) dem C schuldig sey, diesen Verkauf abwenden könnten, und erhielten eine bejahende Antwort darauf. Aus den Worten, *pignoris* jure, *pignori* dedit, und poteris eam *recuperare* ergiebt sich zugleich auch hier, daß das Pfandrecht des ersten sowohl als des After-Pfandgläubigers ein *pignus* war, mithin der letztere sich zur Zeit der Anfrage im Besitz des verpfändeten fundus befand. Es lassen sich nämlich bei der Verpfändung eines Pfandrechts, dieses werde zu Hypothek oder als *pignus* ertheilt, folgende Fälle denken:

1) Dem ersten Pfandgläubiger steht eine Hypothek zu. Dann kann er natürlich kein pignus, sondern nur eine Hy-

pothek auf diese Hypothek bestellen; nach dem bekannten Grundsatz, nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.

2) Der erste Pfandgläubiger hat ein pignus oder Faustpfand. Dann steht es in seiner Willkühr, auf dieses pignus entweder eine Hypothek oder ein pignus zu bestellen. In diesem Fall erhält der After-Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache, in jenem bleibt derselbe dem ersten Pfandgläubiger, welcher nur nachmals mit der actio hypothecaria utiliter belangt werden kann. Dieß führt uns auf die Interpretation des schwierigen Fragments des Marcian, L. 13. §. 2. D. de pignor. (20. 1.)

Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur, pignus *secundo creditori* tenetur, et tam *exceptio*, quam *actio utilis* ei danda est. Quod si *dominus* solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, num quid creditori, *numorum solutorum* nomine, utilis actio danda sit, an non? quid enim si *res* soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius Lib. VII. ad edictum scribit: si quidem *pecuniam* debet is, cujus *nomen* pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum; si vero *corpus* is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Ueber die verschiedenen Auslegungen dieses Fragments vergl. Edm. Merillii Observ. Lib. VII. cap. 35. Westphal vom Pfandrecht, Anm. 166. zu §. 142 und 44. Glück Commentar Thl. 14. S. 58—60. E. T. Gaupp D. de nominis pignore, Berol. 1820. p. 40—48. P. E. Huschke de pignore nominis, ejus natura et effectu. Goett. 1820 p. 27—31, und Mühlenbruch von der Cession S. 333 fg ed. 2.

Der Pfandgläubiger, sagt Marcian, kann sein Pfandrecht weiter verpfänden, oder um den speciellen Fall desselben bestimmter hervorzuheben, sein Faustpfand wiederum zu

Faustpfand ertheilen (*pignori* rem *pigneratam* accipi posse placet); und die Wirkung einer solchen Verpfändung ist, daß dem Afterpfandgläubiger die verpfändete Sache verhaftet ist, *quatenus utraque pecunia debetur*, d. h., wie man es gewöhnlich erklärt, *quamdiu* pecunia utriusque debitoris non soluta sit [9]), also: so lange der erste Pfandschuldner nicht seinem Gläubiger, und dieser (der zweite Pfandschuldner) nicht seinem Gläubiger Zahlung geleistet hat. Man kann die obigen Worte aber auch so interpretiren: in so weit die Summe, welche der After-Pfandgläubiger von seinem Schuldner zu fordern hat, diejenige nicht übersteigt, welche der letztere von seinem Schuldner (dem ersten Verpfänder) zu fordern hat [10]); und diese

9) Glück a. a. O. S. 58 Anmerk. ist nicht genau, wenn er diese Worte so übersetzt: so lange der Schuldner seinem Gläubiger, welcher das Pfand weiter verpfändet hat, noch nicht Zahlung geleistet hat. Denn dabei ist das *utraque* pecunia, d. h. pecunia utriusque debitoris übersehen. Freilich versteht es sich von selbst, daß der After-Pfandgläubiger nur unter der Voraussetzung sein Pfandrecht geltend machen kann, daß er noch nicht Zahlung von seinem Schuldner erhalten hat. Allein es versteht sich nach dem Grundsatz: resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis, eben so sehr von selbst, daß der After-Pfandgläubiger auch nur so lange von seinem Pfandrecht Gebrauch machen kann, als der erste Pfandschuldner seinem Gläubiger noch nicht Zahlung geleistet hat. Mithin mußte deshalb diese doppelte Voraussetzung, schon nach Marcian's Worten, in der Uebersetzung ausgedrückt werden.

10) Huschke l. c. p. 29. not. y. erklärt quatenus durch *quamdiu*, wogegen Mühlenbruch a. a. O. S. 333 in der Anm. erinnert, daß diese Annahme theils nicht nothwendig sey, theils noch die unrichtige Deutung zulasse, daß das Pfand unbedingt hafte, bis beide Forderungen getilgt seyen. Daher denn Marcian nur sagen soll: der After-Pfandgläubiger dürfe sich auch in Rücksicht seiner eignen Forderung an das Pfand halten, insoweit die Forderung seines Schuldners zu seiner Befriedigung hinreichend sey. Allein wenn man auch quatenus durch *quamdiu* erklärt, so dürften die Worte: quatenus utraque pecunia debetur wohl eben so

Interpretation ist um deswillen vorzuziehen, weil die folgenden Worte: quod si dominus .... perimitur schon zur Genüge die obige Bedingung ausdrücken, und daher sich Marcian ohne Noth wiederholen würde. Desgleichen erhält der After-Pfandgläubiger nicht nur eine *exceptio* d. h. ein jus retentionis, wenn ihm das Pfand vom ersten oder vom zweiten Pfandschuldner abgefordert wird, sondern auch eine *actio utilis* sc. hypothecaria, wenn er zufällig aus dem Besitz der verpfändeten Sache gekommen ist, um sich mittelst derselben sowohl gegen diesen, als gegen jenen wieder in den Besitz der Sache zu setzen. Daß der After-Pfandgläubiger die hypothecarische Klage nur *utiliter* anstellen kann, erklärt sich daraus, daß die Verpfändung des Pfandrechts, wie unkörperlicher Sachen überhaupt, eine Ausdehnung des Pfandrechts über seine ursprünglichen Gränzen hinaus ist, welche gegen die Strenge des Gesetzes nur propter utilitatem contrahentium zugelassen wurde; daher denn nur eine actio *utilis* gegeben werden konnte.

Vielleicht sind indeß die Worte: *pignori* rem *pigneratam* etc. nicht auf die obige Weise zu urgiren, indem pignus, res pignerata, häufig als Gattungsbegriff für unser Deutsches: Pfand, verpfändete Sache, vorkommt, so daß also Marcian nicht, wie oben angenommen wurde, den speciellen Fall der Verpfändung eines Faustpfandes zu Faustpfand im Auge hatte, sondern auch an den Fall der Ver-

wenig eine unrichtige Deutung zulassen, als die Worte der L. 1. Cod. cit: ante exsolutam a domino pecuniam. Denn die conditio sine qua non, unter welcher der After-Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend machen kann, ist und bleibt jedenfalls, daß noch von beiden Seiten keine Zahlung erfolgt sey, d. h. weder von Seiten des ersten noch des zweiten Pfandschuldners; und dabei versteht sich wohl die Beschränkung von selbst, daß der After-Pfandgläubiger sich nur soweit durch den Verkauf des Pfandes bezahlt machen kann, als die Summe, welche er von seinem Schuldner zu fordern hat, diejenige nicht übersteigt, welche der letztere von seinem Schuldner (dem ersten Verpfänder) zu fordern hat.

hypothecirung eines Pfandrechts dachte, und für diese beiden Fälle von *jus retentionis* und von der *actio hypothecaria utilis* spricht. Zum wenigsten konnte Marcian bei der Erwähnung der hypothecarischen Klage sehr wohl auch an den Fall denken, da der After-Pfandgläubiger noch gar nicht im Besitz der verpfändeten Sache gewesen war, mithin eine Hypothek zu Afterpfand erhalten hatte. Nothwendig ist indeß diese Annahme keineswegs.

Befriedigt der erste Pfandschuldner seinen Gläubiger (quod si dominus, sc. pignoris, solverit), so erlischt auch das Pfandrecht des zweiten Gläubigers (pignus quoque perimitur). Denn das Pfandrecht hört auf mit der obligatio principalis, und mit dem Pfandrecht auch das darauf ruhende Afterpfand, nach dem Grundsatz: resoluto jure dantis, resolvitur et jus accipientis. So entscheidet auch Papinian in der L. 40. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.):

Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae *corporalis* apud eum fuit, restituere debet, nec quidquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditori *pignori dederit*, domino solvente pecuniam quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque *retentio relinquetur*. (Auch hier ist nach den Worten: corporalis, pignori dederit, retentio relinquetur von dem *pignus* an einem *pignus*, nicht von der Hypothek die Rede).

Der After-Pfandgläubiger hat demnach nur eine geringe Sicherheit, indem sein Pfandrecht nicht länger währt, als das Schuldverhältniß zwischen dem ersten Pfandschuldner und dessen Gläubiger besteht. Dieß führt Marcian auf die Frage, ob nicht vielleicht dem After-Pfandgläubiger auf sonstige Weise zu helfen sey, indem er sagt: sed potest dubitari, numquid creditori (sc. secundo), *numorum* solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non? Quid enim, si *res* soluta fuerit? Offen-

bar sind hier zwei von einander verschiedene Fragen aufgeworfen, wie dieß auch aus der folgenden Entscheidung des Pomponius hervorgeht [11]), nämlich:

1) Wenn A dem B eine Summe Geldes schuldig ist, und ihm zur Sicherung derselbe ein Pfand bestellt hat, und B verpfändet dieses Pfandrecht seinem Gläubiger C: so erlischt, wenn nachmals der A dem B Zahlung leistet, zugleich mit dem Pfandrecht des B, zwar auch das Afterpfand des C. Allein sollte jetzt nicht der C gegen den B eine actio utilis (sc. hypothecaria) auf Herausgabe des Geldes anstellen können, oder mit andern Worten, das gezahlte Geld nicht vielleicht an die Stelle des jetzt erloschenen Afterpfandes treten? Bei creditori ist nämlich secundo zu suppliren. Und daß Marcian voraussetzt, der A habe dem B Zahlung geleistet, geht theils aus den Worten numorum *solutorum*; theils aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle (quod si dominus *solverit* etc.; quid enim si res *soluta* est?); theils endlich aus der nachfolgenden Entscheidung des Pomponius

11) Mühlenbruch a. a. O. S. 334 übersetzt die obigen Worte also: Hat indessen der After-Pfandgläubiger nicht eine actio utilis wider den ersten, wegen des erhaltenen Geldes? denn man nehme einmal an, der Gegenstand der Forderung war eine Sache anderer Art? Allein das *quid enim?* so richtig es auch Mühlenbruch aufgefaßt hat, indem er sagt, es liege darin schon eine Bejahung der Frage, dürfte wohl nicht treffend durch die obige Wendung wiedergegeben seyn. Es ist eine etwas lebhafter gestellte Frage, und involvirt zugleich, wie das griechische τί γάρ; die Bejahung der Frage, mit welcher es anhebt (Heindorf zu Horazens Satiren I. 1. S. 5), und Servius zu Virg. Aen. V. 850. erklärt es richtig durch: *quid ni? cur non?* So auch Marcian in der L. 16. §. 4. D. de pignor. (20. 1.): quid enim, si minoris sit praedium, quam debetur? d. h. weshalb sollte dies nicht zulässig seyn, wenn u. s. w. *Res*, im Gegensatz von pecunia, wie hier, kann man am einfachsten durch Sache im eigentlichen Wortverstande (was nachher corpus heißt) wiedergeben, und so habe ich es immer übersetzt.

(*exacta ea*], *solverit*) hervor. Daher denn die Glosse ganz falsch solutorum durch *solvendorum* erklärt, was auch Glück [12]) mit Recht rügt. Eben so gewiß kann unter der actio utilis nur die hypothecarische Klage verstanden werden, theils weil von dieser schon vorher die Rede war; theils weil gar keine andere Klage auch nur gemeint seyn kann; theils endlich, weil dem After-Pfandgläubiger die hypothecarische Klage wirklich zugesprochen wird, si *res* soluta fuerit.

2) Wenn das, was A dem B schuldig ist, und wofür er ihm ein Pfand bestellt hat, nicht in Gelde, sondern in einer Sache im eigentlichen und engeren Sinn (nachher corpus genannt) besteht, z. B. ein Haus oder ein fundus ist, und der B dieses Pfandrecht dem C weiter verpfändet hat, und nun nachmals die Sache vom A tradirt bekommt: so erlischt zugleich mit dem, durch die solutio getilgten Pfandrechte des B zwar auch das Afterpfand des C an der Sache des A. Allein sollte jetzt nicht der C gegen den B eine actio utilis (sc. hypothecaria) auf Herausgabe der Sache anstellen können, oder mit andern Worten nicht vielleicht die tradirte Sache an die Stelle des jetzt erloschenen Afterpfandes treten?

So versteht auch Merillius diese Fragen, indem er sagt: sed movet dubitationem Marcianus, an id quod debitor solverit primo creditori, secundo teneatur, *quasi in locum pignoris dati successerit?*

Beide Fragen hat Marcian eigentlich nicht direct, sondern nur indirect beantwortet. Denn Pomponius, auf dessen Entscheidung er sich beruft, hat einen ganz anderen Fall vor Augen, nämlich den eines verpfändeten *nomen* oder persönlichen Rechts (cujus *nomen* pignori datum sit), während hier von der Verpfändung eines Pfandrechts, also eines dinglichen Rechts oder jus in re,

12) A. a. O. S. 60 Anmerk.

die Rede ist. Dagegen stimmen beide (was ich einstweilen als erwiesen anzunehmen bitte) in der Voraussetzung mit einander überein, daß der erste Schuldner dem zweiten Zahlung geleistet hatte, und daher will Marcian die aufgeworfenen Fragen eben so beantwortet wissen, wie Pomponius seinen Fall entscheidet.

Et verum est, sagt Marcian, quod Pomponius Lib. VII. ad edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cujus *nomen* pignori datum est, exacta ea, creditorem secum pensaturum; si vero corpus is debuerit et solverit pignoris loco futurum apud secundum creditorem.

Diese Worte bedürfen, vorerst ganz abgesehen von Marcian's aufgestellte Fragen, ihre eigne Erörterung.

Nomen heißt bekanntlich Schuldforderung, und begreift nicht nur den Fall, wenn Jemand Geld (nomen pecuniarium), sondern auch, wenn er eine Sache im eigentlichen Wortverstande (res, corpus) zu fordern hat. Auch dieses persönliche Recht ist mögliches Object der Verpfändung [13]. Verpfändet nun Jemand ein nomen der letzteren Art, so verpfändet er damit nicht die Sache selbst auf den Fall des künftigen Erwerbs derselben — wenn gleich eine solche Verabredung gültig ist [14]); sondern er verpfändet nur die Forderung auf diese Sache, mithin eine unkörperliche Sache, während in jenem Fall das Object des Pfandrechts eine körperliche Sache ist, welche bedingterweise verpfändet wurde. Gleichwohl stimmen beide Fälle in Ansehung der Entscheidung mit einander überein, d. h. der Pfandgläubiger erwirbt sowohl in diesem als in jenem Fall ein Pfandrecht an der Sache vom Augenblick des

13) L. 18. pr. D. de pign. actione, u. öfter.

14) L. 16. §. 7. D. de pignorib. (20. 1.): *aliena* res utiliter potest obligari sub conditione, *si debitoris facta fuerit.* Vgl. auch L. 7. §. 1. D. qui potiores (20. 4). Meine Diss. ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat p. 169.

Erwerbs derselben. Die Verpfändung einer Forderung auf eine Sache wird mithin so behandelt, wie wenn der Pfandschuldner die Sache selbst auf den Fall des künftigen Erwerbs derselben verpfändet hätte; und diese Annahme scheint auch in der That sehr natürlich. Außer Pomponius spricht dafür auch Papinianus in der L. 1. pr. D. de pignorib. (20. 1.):

> Conventio *generalis* in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei (i. e. in rem alienam specialem, vel singularem) collata conventione, *si non fuit ei*, *qui pignus dabat*, *debita*, postea debitori dominio quaesito, difficilius creditori, qui non ignoravit (i. e. qui sciebat) alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.

Der Uebergang, den hier Papinian von der Verpfändung künftiger Güter auf die Verpfändung einer *res aliena in specie* macht, erklärt sich schon nach der Zusammenstellung, und nach dem Gegensatz: bona postea quaesita und in speciem *autem* rei *alienae* collata conventione, ganz einfach dadurch, daß derjenige, welcher sein zukünftiges Vermögen verpfändet, im Grunde *res alienas*, aber freilich ganz generell und unbestimmt, unter der stillschweigenden Bedingung si in dominium ejus pervenerint verpfändet (Anm. 21.); wie denn auch nach dem Obigen die Verpfändung einer res aliena *in specie* gültig ist, wenn die letztere Bedingung ausdrücklich hinzugefügt wird. Wenn z. B. der A mit dem B in Unterhandlungen über den Kauf eines Hauses steht, so kann er dieses Haus, wenn es gleich zur Zeit noch res aliena ist, unter der Bedingung: si in dominium ejus perveniret, rechtsgültig verpfänden, d. h. der Pfandgläubiger erhält ein wirkliches Pfandrecht an dem Hause vom Augenblick des Erwerbs derselben. Geschah dagegen die Verpfändung *pure*, und wußten beide, der Verpfänder und der Pfandgläubiger um

die Qualität der *res aliena* (denn beides setzt Papinian voraus), so muß man unterscheiden:

1) Dem Verpfänder stand eine Forderung auf die res aliena zu, die er pure verpfändet hatte (si non fuit ei, qui pignus dabat, *debita*). Dann erwirbt der Pfandgläubiger, wenn er gleich in *mala fide* sich befand, nichts desto weniger ein wirkliches Pfandrecht an der Sache vom Augenblick des Erwerbs derselben, welches er daher nicht nur durch das jus retentionis, sondern auch durch die *actio hypothecaria* geltend machen kann. Setzen wir z. B. A war dem B ex testamento eine Sache zu tradiren schuldig. Diese Forderung auf die Sache konnte B seinem Gläubiger verpfänden. That er es aber nicht, sondern verpfändete ihm schlechtweg die Sache, mithin die res aliena selbst ohne alle weitere Bedingung: so ist streng genommen die Verpfändung ungültig, mithin würde dem Pfandgläubiger keine hypothecarische Klage gegen den Verpfänder zustehen, wenn dieser nachmals die Sache tradirt erhielte. Gleichwohl findet das Gegentheil Statt, weil anzunehmen ist, entweder daß der Verpfänder die Forderung auf die Sache habe verpfänden wollen, oder die Sache selbst unter der stillschweigenden Bedingung si in dominium ejus pervenerit. Diese Bedingung kann hier um deswillen mit Recht supponirt werden, weil ja dem Verpfänder eine Forderung auf die Sache zustand, vermöge welcher er auf Uebergabe derselben zu Eigenthum klagen konnte; und insofern kann hier die mala fides des Pfandgläubigers gar nicht als eigentliche *mala fides* angesehen werden. In allen übrigen Fällen versteht sich aber diese Bedinguug nicht von selbst. Denn

2) stand dem Verpfänder keine Forderung auf die res aliena zu, welche er schlechtweg (pure) verpfändete: so steht dem Pfandgläubiger, sofern er in mala fide sich befand, keine hypothecarische Klage gegen den Verpfänder zu, wenn dieser nachmals das Eigenthum der res aliena erwirbt (*dif-*

ficilius ist nämlich in einem verneinenden Sinn, wie öfter bei Papinian [15], zu nehmen), sondern er hat nur ein jus retentionis.

Es ergiebt sich also so viel, daß nach Papinian die Verpfändung einer *res aliena*, auf welche dem Verpfänder eine Forderung zustand, und die Verpfändung der Forderung auf diese Sache ganz gleich behandelt werden; und damit stimmt auch Pomponius überein, welcher in den angeführten Worten die folgenden Fälle vorträgt:

1) A war dem B eine Summe Geldes schuldig. Diese Forderung oder dieß nomen pecuniarium (wie es in der L. 18. pr. D. de pign. act genannt wird) verpfändet B dem C. Nachmals zahlt A dem B, ehe der C von seinem *jus exigendi* [16]) Gebrauch machen konnte, die schuldige Summe Geldes aus. Jetzt erlischt natürlich das Pfandrecht des C an dem *nomen*, weil dieses zu existiren aufgehört hat. Es fragt sich indeß, ob nicht vielleicht das Geld, welches sich jetzt in den Händen des B befindet, an die Stelle des erloschenen verpfändeten *nomen* trete, mithin der C dasselbe mit einer actio utilis hypothecaria einklagen könne, um sich damit bezahlt zu machen? Dieß läugnet Pomponius, indem er sagt: *creditorem secum pensaturum*, d. h. der B rechnet dieses Geld auf seine Forderung an den A ab, oder macht sich dadurch bezahlt. Wie Pomponius diese Frage aufwerfen konnte, begreift sich leicht. Der Pfandgläubiger büßt sein Pfandrecht, und damit seine bisherige Sicherheit ein. Sein Schuldner hat jetzt Geld in Händen, und daher drängt sich die Frage schon von selbst auf: ob ihm nicht vielleicht durch eine actio hypothecaria utilis geholfen werden könne? eine Frage, die um so ungezwungener erscheint, da ja dem Innehaber eines verpfändeten nomen ein *jus exi-*

15) *Brissonius* h. v. Glück Commentar Th. 14. S. 30.

16) L. 18. pr. D. de pign. act. (13. 7).

gendi zusteht, vermöge dessen er die Geldforderung vom Schuldner seines Schuldners einklagen, und sich dadurch bezahlt machen kann. Denn danach stellt sich, um mit Pfeiffer [17]) zu reden, dasjenige, was der Pfandgläubiger mit der gegen den Schuldner seines Schuldners angestellten Klage erlangt, als der eigentliche Gegenstand des Pfandrechts dar. Ist nun nicht aber gleichviel, ob der Pfandgläubiger das Object der Forderung (das Geld) einklagt, oder sein Schuldner dasselbe ausgezahlt bekommt? Gleichwohl verneint Pomponius aus Gründen, von welchen nachher, diese Frage.

2) A war dem B eine Sache im eigentlichen Wortverstande (res, corpus) schuldig, z. B. ein Haus ex causa legati. Diese Forderung auf das Haus verpfändet B seinem Gläubiger C. Nachmals tradirt ihm A dasselbe, ehe der C von seinem *jus exigendi* [18]) Gebrauch machen konnte. Jetzt erlischt natürlich das bisherige Pfandrecht des C an dem nomen, weil dieses zu existiren aufgehört hat. Es fragt sich indeß, ob nicht vielleicht das Haus an die Stelle des erloschenen verpfändeten *nomen* trete, mithin der C dasselbe vom B actione utili hypothecaria zu fordern berechtigt sey? Dieß bejaht Pomponius (pignoris loco futurum apud secundum creditorem), ohne sich jedoch auf die Gründe dieser Entscheidung einzulassen.

Diese Entscheidung, welche Pomponius über die Verpfändung eines *nomen* oder persönlichen Rechts unter der erwähnten Voraussetzung giebt, daß nämlich der erste Schuldner dem zweiten Zahlung geleistet hatte, soll nach Marcian auch auf die Verpfändung des Pfandrechts, also eines dinglichen Rechts, angewandt werden, wenn dieses durch

17) Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft Thl. I. Nr. 1. S. 5.

18) L. 18. pr. D. cit.

die Zahlung des ersten Pfandschuldners an den zweiten erloschen ist. Mithin ist die erste Frage des Marcian:

Sed potest dubitari, numquid creditori (nämlich dem Afterpfandgläubiger) *numorum* solutorum nomine utilis actio danda sit?

zu verneinen; die zweite dagegen, welche schon durch ihre Wendung die Bejahung in sich trägt (Anm. 11.):

Quid enim, si *res* fuerit soluta?

zu bejahen. Hat also:

1) die Forderung, wegen welcher dem ersten Gläubiger ein Pfandrecht zustand, und welches dieser seinem Gläubiger weiter verpfändet hatte, Geld zu ihrem Gegenstande: so erlischt mit der Zahlung das Pfandrecht sowohl des ersten als des zweiten Gläubigers, und das Geld tritt nicht an die Stelle des erloschenen Afterpfandrechts. Wenn demnach A das Pfandrecht, welches ihm wegen einer Geldforderung an der Sache des B zustand, weiter verpfändet hat, so rechnet der B, wenn der A ihm bezahlt, das Empfangene auf seine Forderung ab (*creditorem secum pensaturum*, nach den Worten des Pomponius), und dem C steht weiter kein Pfandrecht an dem Gelde zu [19].

2) Hat dagegen die Forderung, wegen welcher dem ersten Gläubiger ein Pfandrecht zustand, und welches er seinem Gläubiger weiter verpfändet hatte, nicht Geld, sondern eine Sache im eigentlichen Wortverstande zu ihrem Gegenstande: so erlischt mit der Tradition derselben sowohl das Pfandrecht des ersten als des zweiten Gläubigers; allein jetzt tritt die Sache an die Stelle des erloschenen Afterpfandrechts (pignoris loco futurum apud secundum

---

19) Gaupp l. c. p. 44 sq. versteht die Frage: sed potest dubitari etc. zwar auch wie oben, glaubt indeß, daß dieselbe zu bejahen sey, mithin der zweite Gläubiger mit der *actio utilis hypothecaria* das Geld vom ersten fordern könne. Diese Ansicht ist gewiß nicht zu billigen. Mühlenbruch a. a O. S. 334 Anm. 175 b.

creditorem, nach den Worten des Pomponius). Setzen wir z. B. A als Erbe soll dem B ex testamento einen fundus herausgeben. B verpfändet das Pfandrecht, welches ihm deshalb an der Erbschaftsmasse tacite zusteht, seinem Gläubiger C. Bald darauf erhält er das Legat tradirt. Dann erlischt freilich mit dem Pfandrecht des B zugleich auch das Afterpfandrecht des C an der hereditas. Allein jetzt tritt an die Stelle des erloschenen Afterpfandrechts der *fundus*, und in Beziehung auf diesen steht dem C gegen den B die hypothecarische Klage zu. In diesem Beispiel sind das Object des Afterpfandrechts, und dasjenige, welches nachmals an die Stelle desselben tritt, verschiedene Objecte. Es giebt aber auch Fälle, wo beide ein und dasselbe Object ausmachen. Setzen wir z. B. A ist dem B nach einem Jahre ein Haus zu tradiren schuldig. Zur Sicherung dieser Forderung läßt sich B ein Pfandrecht an diesem Hause bestellen. Dieses Pfandrecht verpfändet B seinem Gläubiger C, und erhält nun nach einem Jahre das Haus tradirt. Mit der Tradition erlischt natürlich das bisherige Pfandrecht des B, und damit auch das Afterpfandrecht des C. Dagegen erlangt dieser jetzt ein Pfandrecht an dem Hause selbst. Das bisherige Afterpfandrecht wird also zu einem wahren und eigentlichen Pfandrecht an der Sache.

Auf ähnliche Weise drückt sich auch Mühlenbruch a. a. O. aus, wiewohl er den Fall des Pomponius anders auffaßt. „Wenn die Forderung auf nicht fungible Sachen gerichtet war, so verwandelt sich nach der Leistung das pignus nominis (sollte doch wohl heißen: pignus pignoris oder Afterpfandrecht) in ein Pfandrecht an die körperliche Sache“ — wobei nur bedenklich ist *res* durch: nicht fungible Sachen wiederzugeben, indem es darauf wohl nicht ankommt, ob die Sache eine fungible oder nicht fungible war. Den Gegensatz bilden Geld (pecunia), und Sache im eigentlichen Wortverstande (res, corpus). Nur das Geld

tritt nicht an die Stelle des erloschenen Pfandrechts am nomen und resp. des Afterpfandrechts, wohl aber Sachen, und dabei kann nach der Natur der Sache kein Unterschied seyn, ob diese nicht fungibel oder fungibel sind.

Auch Westphal a. a. O. drückt sich, wenn gleich in der Hauptsache richtig, doch nicht genau genug aus, wenn er sagt: der Afterpfandgläubiger hat ein doppeltes Pfandrecht 1) an den ihn überlassenen Pfändern, so lange der Eigenthümer derselben seine Schuld noch nicht abgetragen; 2) an den Sachen, welche der Eigenthümer seinem Gläubiger leisten sollte (richtiger: geleistet hat). Dieses letztere Pfandrecht fängt erst an, wenn das erstere aufhört. So wahr auch diese Beschränkung ist, so kann man doch streng genommen nicht von einem doppelten Pfandrecht reden, weil dieses immer nur einfach vorhanden ist, und das Object der Forderung, wenn es eine Sache ist, nur an die Stelle des erloschenen Afterpfandrechts tritt. Am richtigsten drückt sich daher Merillius, abgesehen davon, daß auch er den Fall des Pomponins mit allen Neueren mißverstanden hat, so aus: si *primus* creditor pecuniam a debitore acceperit, *cam sibi retinebit*, nec tenebitur pignori secundo creditori; si autem corpus acceperit in solutum, tenebitur secundo creditori, *et succedit in locum primi pignoris, quod satisfactione liberatum est.*

Auffallend scheint allerdings, die Sache an die Stelle des erloschenen Afterpfandrechts treten zu lassen. Allein wenn sich nur die Gründe für die Entscheidung des Pomponius nachweisen lassen, so erklären diese zugleich, wenigstens nothdürftig, die Entscheidung des Marcian.

Wenn Gläubiger und Schuldner sich über die Verpfändung einer Forderung auf eine Sache (corpus) vereinigen, so geschieht dieß in der Regel wohl nur aus Noth, weil nämlich der Schuldner im Augenblick der Verpfändung nichts Besseres zu verpfänden hat, jedenfalls aber, und zwar auch dann, wenn die erste Supposition factisch nicht begrün-

det seyn sollte, in der sicheren Erwartung, daß er die Sache kraft seines persönlichen Rechts bald zu Eigenthum erwerben werde. Man muß daher annehmen, daß die Contrahenten eigentlich die Sache selbst auf den Fall des künftigen Erwerbs derselben verpfänden wollten. Eine res aliena kann nämlich specialiter rechtsgültig verpfändet werden, wenn nur die Bedingung: si in dominium debitoris pervenerit ausdrücklich hinzugefügt ist (Anm. 14). Da nun nach der obigen Ausführung sich diese Bedingung stillschweigend von selbst versteht, wenn der Schuldner, statt die Forderung auf die Sache zu verpfänden, schlechtweg die Sache selbst, die doch noch res aliena ist, verpfändet: so muß man auch umgekehrt behaupten, daß die Verpfändung der Forderung auf die Sache eigentlich eine stillschweigende Verpfändung der Sache selbst, unter der sich von selbst verstehenden Bedingung: si in dominium debitoris pervenerit, sey. Jedenfalls würde es unbillig seyn, den Gläubiger, dessen Pfandrecht mit der Tradition der Sache an den Schuldner erlischt, um seine bisherige Sicherheit zu bringen, wenn ihm *ex aequo et bono* geholfen werden kann; und da die Verpfändung von unkörperlichen Sachen überhaupt nur propter utilitatem contrahentium aufrecht erhalten wird, so kann dem Pfandgläubiger um so gewisser ex aequo et bono Hülfe geleistet werden. Dieß geschieht auf die obige Weise, indem man auf den vermuthlichen Willen der Contrahenten zurückgeht. Daher steht auch nach L. 18. pr. D. de pign. act. dem Innehaber eines verpfändeten nomen das *jus exigendi* zu, d. h. das Recht actione utili (sc. ea, quam directam debitor ipse habet) das Object der Forderung, dieses mag Geld oder eine Sache im engeren Sinn seyn, vom Schuldner seines Schuldners einzuklagen; und diese Objecte sind nach der vermuthlichen Absicht der Contrahenten als die eigentlichen Gegenstände des Pfandrechts anzusehen. Indeß versteht sich, wie Pfeiffer[20])

20) Practische Ausführungen a. a. O.

bemerkt, theils nach der gleichartigen Natur fungibler Sachen, ubi tantundem est idem, theils nach den Grundsätzen von der Compensation von selbst, daß, wenn das Object der Forderung in einer Geldsumme bestand, dieses nicht bloß zum Pfande dient, sondern alsbald zur Zahlung verwandt wird. War dagegen das Object der Forderung, welches der Pfandgläubiger einklagte, eine Sache im eigentlichen Wortverstande, so kann sie ihm nur pignoris loco haften. An sich muß aber gleichviel seyn, ob der Pfandgläubiger diese Sache einklagt und demgemäß als Pfand zurückbehält, oder ob der erste Schuldner sie seinem Schuldner tradirt. Denn der eigentliche Gegenstand des Pfandrechts am nomen ist und bleibt, nach dem muthmaßlichen Willen der Contrahenten, das Object des nomen oder der Forderung selbst; d. h. es wird angenommen, daß die Sache selbst unter der stillschweigenden, oder sich von selbst verstehenden Bedingung des künftigen Erwerbs derselben verpfändet sey, wobei dem Pfandgläubiger zugleich das Recht zusteht, an die Stelle seines Verpfänders auf Tradition der Sache zu klagen.

Durch Suppositionen ähnlicher Art halfen sich die Römischen Juristen zum Vortheil des Pfandgläubigers öfter, z. B. auch bei der Verpfändung des gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, oder um es kurz zu sagen, beim Generalpfande, dessen Zulässigkeit den Römern schon deswegen bedenklich scheinen mußte, weil derjenige, welcher sein zukünftiges Vermögen verpfändet, zum Pfandobject bestellt, was zur Zeit der Verpfändung entweder noch gar nicht *in rerum natura* existirt, oder doch fremdes Gut ist, jedenfalls aber sich nicht im Vermögen des Schuldners befindet. Desgleichen kannten die Römer anfangs nur das pignus, welches zudem nur auf körperliche Sachen beschränkt war; daher denn Niemand sein gesammtes gegenwärtiges Vermögen zu Faustpfand ertheilen, noch weniger aber das zukünftige verpfänden konnte. Als später die Hypothek auf-

kam, mußte jedenfalls das Object derselben speciell bezeichnet, und bestimmt seyn. Bei der Verpfändung des gesammten gegenwärtigen Vermögens werden aber alle Güter, ohne specielle Bezeichnung, in Einer Redeform verpfändet, und bei der Verpfändung der bona futura sind die Objecte ganz unbestimmt. Auch hier halfen sich die römischen Juristen durch Suppositionen zum Vortheil des Pfandgläubigers. Wenn Jemand, sagt Gajus in der L. 15. §. 1. D. de pign. (20. 1.), seine bona praesentia verpfändet, so ist dieß so anzusehen, ac si *specialiter* hae res fuissent obligatae, d. h. als habe der Verpfänder namentlich und stückweise jeden einzelnen Vermögenstheil verpfändet; und ebenso sieht in Betreff der bona futura, wie schon oben bemerkt wurde, Papinian in der L. 1. pr. D. de pign. (20. 1.) die Sache so an, als habe der Verpfänder derselben res alienas (aber freilich ganz generell und unbestimmt) unter der stillschweigenden, oder sich von selbst verstehenden Bedingung: si in dominium ejus pervenerint, verpfändet [21]. Schon die Worte: conventio generalis in pignore dando bonorum *vel postea quaesitorum* recepta est drücken den obigen Zweifel aus, welcher indeß durch das recepta est beseitigt wird, und zugleich der Gegensatz: in speciem *autem* alienae rei etc., daß Papinian die Verpfändung von res alienae und bona futura in eine Kategorie setzt, und daher beide in Einem Satze verbinden konnte.

Eben so fragt Scävola in der L. 34. D. de pignor. (20. 1.) bei der Verpfändung einer taberna nach dem eigentlichen Object des Pfandrechts.

> Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto *nihil egerit*, an tabernae appellatione *merces*, quae in eo erant, obligasse videatur?

D. h. ist dadurch wirklich etwas verpfändet worden, und

21) Meine Abh. in diesem Archiv Bd. 10. H. 2. S. 295 fg.

was? Denn bei einem Specialpfande (wozu ja auch das Pfandrecht an einer universitas gehört), sollte man meinen, müßte jedes Stück einzeln verpfändet werden, welches nicht geschieht, wenn man den Laden im Ganzen verpfändet. Desgleichen könnte damit vielleicht nur die Bude selbst (das Gebäude) verpfändet worden seyn. Scävola antwortet darauf: die Waaren selbst, welche sich im Laden befänden, seyen als der wahre und eigentliche Gegenstand des Pfandrechts anzusehen, wie dieß auch offenbar in der Absicht der Contrahenten liegt; und die generelle Verpfändung derselben unterliegt nach L. 15. §. 1. D. cit. eben so wenig einem Bedenken.

Eben so verpfändet derjenige, welcher eine Forderung zu Pfand giebt, die ihm auf eine res aliena zusteht, im Grunde die res aliena selbst unter der stillschweigenden Bedingung: si ejus facta fuerit. Dieß muß als die eigentliche Absicht der Contrahenten angesehen werden, und daher tritt die Sache nach der Tradition an die Stelle des erloschenen Pfandrechts. Noch weiter geht Marcian, indem er sagt: wenn Jemand nicht die Forderung auf die Sache, sondern das Pfandrecht, welches ihm wegen dieser Forderung zusteht, verpfändet, und die Sache nachmals tradirt erhält, so soll es so angesehen werden, als habe er die Forderung selbst verpfändet [22]); folglich tritt die Sache, als das Object der Forderung, vom Augenblick der Tradition an den zweiten Schuldner, an die Stelle des erloschenen Afterpfandes. Wir wollen auch hier bei den obi-

22) Glück a. a. O. S. 61. drückt sich so aus: „die Verpfändung eines Pfandes ist grade so anzusehen, als wenn diejenige Forderung, weshalb dem verpfändenden Gläubiger das Pfand angewiesen ist, selbst verpfändet worden wäre". Bei dem Worte: Forderung bedarf es indeß des Zusatzes: auf die Sache (res, corpus), weil dieß nicht auch vom Gelde gilt, und überhaupt mußte die Beschränkung gemacht werden: wenn dem zweiten Schuldner die Sache tradirt wurde; wovon gleich mehr.

gen Beispielen stehen bleiben. Der B, konnte Marcian argumentiren, hätte dem C, statt daß er ihm sein Pfandrecht an der Erbschaftsmasse, oder an dem Hause seines Schuldners verpfändete, eben so gut seine Forderung gegen denselben auf den fundus oder auf das Haus verpfänden können, und hatte dieß wohl eigentlich auch im Sinn. Das Pfandrecht ist ein bloßes accessorium, welches in wesentlichem und nothwendigem Zusammenhange mit einer *obligatio principalis* steht. Eben daher dürfte wohl anzunehmen seyn, daß die Contrahenten durch Constituirung eines Afterpfandes die obl. principalis, d. h. das Object, auf welches sich das Pfandrecht bezog, mithin den fundus oder das Haus selbst, auf den Fall des künftigen Erwerbs desselben verpfänden wollten. Insofern ist also gleichviel, ob der Schuldner das nomen, oder das Pfandrecht, welches ihm wegen dieses nomen zusteht, verpfändete. So viel ist aber gewiß, daß hier nur *ex aequo et bono* dem After-Pfandgläubiger geholfen wird, aber zugleich konnte ihm auch ex aequitate wohl geholfen werden, da die rechtsgültige Verpfändung eines Pfandrechts (wie unkörperlicher Sachen überhaupt) ja nur auf der aequitas beruht.

Ist das Object der Forderung und das des Pfandrechts ein und dasselbe Object, wie in dem zweiten der obigen Beispiele, so könnte man noch einfacher so argumentiren: wird ein Pfandrecht verpfändet, welches zum Gegenstande ein Object hat, welches zugleich Object der Forderung ist, so war die Absicht der Contrahenten gewiß keine andere, als daß das Object des Pfandrechts auf den Fall des künftigen Erwerbs desselben verpfändet seyn sollte, und dieß scheint auch ganz natürlich. Allein diese Argumentation paßt auf den Fall nicht — und dieser ist gewiß als der gewöhnlichere anzusehen — wo, wie in dem ersten der obigen Beispiele, das Object des Pfandrechts und das der Forderung ganz verschiedene, von einander unabhängige Objecte sind. Man kann daher nur im Allgemeinen sagen: wenn

Jemand nicht die Forderung auf die Sache, sondern das bloße *accessorium*, d. h. das Pfandrecht, welches ihm wegen dieser Forderung zusteht, verpfändet, und nachmals die *res principalis*, die Sache selbst, tradirt bekommt: so ist es im Grunde so gut, als habe der Verpfänder die **Forderung selbst** verpfändet, quoniam, wie auch Mühlenbruch Doctr. Pandectar. T. 2. §. 430. sagt, hoc inter partes agi credibile est.

Daraus folgt aber noch nicht mit Glück [23]), daß der zweite Pfandgläubiger, so lange der erste von seinem Schuldner, als dem ersten Verpfänder, noch nicht befriedigt ist, auch eben sowohl gegen diesen mit der *actio utilis* **auf Bezahlung der Schuld klagen könne**. Dieß behauptet auch Mühlenbruch [24]), indem er sagt: die Gesetze sehen die ganze Schuldverbindlichkeit mit dem ihr anklebenden Pfandrecht als das Object des zweiten Pfandrechts an; darum darf der Gläubiger, so lange die Hauptverbindlichkeit selbst noch nicht getilgt ist, nicht nur das Pfand verfolgen, sondern wird auch in Rücksicht der Hauptverbindlichkeit **als ein wahrer Cessionar behandelt**.

Glück argumentirt so: da der Pfandgläubiger, dem von seinem Schuldner ein diesem gegebenes Pfandrecht verpfändet worden, wie ein solcher anzusehen ist, der eine **Schuldforderung** zum Pfand erhalten hat, so findet auch hier die L. 4. C. quae res pign. (8. 17.) Anwendung. Allein man muß sich wohl hüten, Consequenzen aus einer singulairen Entscheidung zu ziehen, die nicht darin enthalten sind. Marcian stellt nämlich den Satz, daß die Verpfändung eines Pfandrechts, welches dem Verpfänder wegen eines nomen zusteht, so anzusehen sey als habe er **das nomen selbst** verpfändet, nicht unbedingt, sondern nur unter der doppelten Voraussetzung auf:

---

23) Commentar Thl. 14. S. 61.

24) A. a. O. S. 332, 33.

1) daß das Object der Forderung, wegen welcher dem verpfändenden Pfandgläubiger ein Pfandrecht zustand, eine Sache sey — denn ist das Object der Forderung Geld, so soll anders entschieden werden;

2) daß der erste Pfandschuldner dem zweiten (dem verpfändenden Gläubiger) schon gezahlt, d. h. die schuldige Sache tradirt hatte. Erst dann tritt die tradirte Sache an die Stelle des erloschenen Afterpfandes.

Daher kann die L. 4. C. cit., auf welche sich Glück a. a. O. beruft, keine Anwendung finden. Denn sie setzt theils ein nomen pecuniarium voraus, theils daß der erste Schuldner seinem Gläubiger noch nicht Zahlung geleistet hatte.

Die richtige Ansicht findet sich dagegen bei v. Wening-Ingenheim [25]), und richtig verstanden, auch schon bei Westphal a. a. O., indem dieser sagt: vor der Tradition der Sache an den zweiten Pfandschuldner steht dem Gläubiger desselben nur ein Afterpfand, und weiter nichts zu (quatenus utraque pecunia . . . . . danda est); nach der Tradition dagegen erlischt sein Afterpfandrecht, und tritt als Surrogat desselben die seinem Schuldner tradirte Sache ein (quod si dominus . . . . perimitur. Quid enim si res fuerit soluta? pignoris loco futurum apud secundum creditorem). Hieraus ergiebt sich, wie sehr man sich hüten muß, beide Sätze mit einander zu vermengen.

So viel (und vielleicht schon zu viel) von dem Fall, wenn das Object des verpfändeten nomen, oder resp. das Object der Forderung, wegen welcher dem Afterverpfänder ein Pfandrecht zustand, eine Sache im eigentlichen und engeren Sinn ist. Besteht dagegen das Object der Forderung in dem einen, wie in dem anderen Fall in einer Geldsumme, so läßt sich nicht wohl auf juridischem Wege herausbringen, daß das Geld, welches der zweite Schuldner

25) Lehrbuch des Civilrechts Thl. 1. §. 171. Note a. S. 328 der 3ten Aufl.

von seinem Gläubiger erhielt, an die Stelle des erloschenen Pfandrechts am nomen, oder resp. des erloschenen Afterpfandes trete. Denn das Geld tritt niemals an die Stelle des verpfändeten Objects (pretium non succedit in locum rei), also z. B. auch nicht der Kaufpreis an die Stelle des verkauften Pfandobjects; vielmehr ist es ein, aus der Natur und dem Wesen des Pfandrechts entspringender, durchgreifender Grundsatz: res transit cum pignore ad emptorem. Was von der Verpfändung körperlicher Sachen gilt, muß eben daher auch von der Verpfändung unkörperlicher Sachen behauptet werden, und daher kann das Geld nicht an die Stelle des erloschenen Pfandrechts, oder resp. Afterpfandes treten. Merillius giebt als Grund an: in pecunia non spectamus corpora, sed quantitatem, mit Berufung auf L. 1. D. de contrah. emt. (18. 1.), L. 1. §. 1. D. ad leg. Falcid. (25. 2.), L. 94. §. 1. D. de solut. et liberat. (46. 3.); wie auch Mühlenbruch sagt, daß sich dieß aus der Natur des Geldes, da wo es nicht als körperliche Sache erscheine, von selbst ergebe.

Auf allen Fall muß man sich hüten, den Fall des Pomponius in unserer L. 13. cit., nicht mit dem des Paulus in der schon öfter angeführten L. 18. pr. de pign. act. (13. 7.) für identisch zu halten; und eben das Zusammenwerfen beider hat die Interpretation unserer L. 13. so sehr erschwert. Paulus spricht von dem *jus exigendi*, welches dem Innehaber eines verpfändeten nomen gegen den Schuldner des Schuldners zusteht; Pomponius dagegen von dem Fall, wo derselbe von diesem jus exigendi nicht Gebrauch machen konnte, weil der erste Schuldner schon dem zweiten Zahlung geleistet hatte. Dieß ergiebt sich mit innerer Nothwendigkeit aus dem Zusammenhange der ganzen Stelle. Marcian hatte die Frage aufgeworfen: wenn der erste Schuldner dem zweiten Zahlung geleistet hat, kann dann der Afterpfandgläubiger das Gezahlte, als Surrogat seines erloschenen Afterpfandes, mit

der hypothecarischen Klage in Anspruch nehmen, oder mit andern Worten, haftet es ihm als Pfand? und sich zur Beantwortung dieser Frage auf den Pomponius berufen, welcher eben daher auch von derselben Voraussetzung ausgehen mußte, daß nämlich der erste Schuldner dem zweiten Zahlung geleistet hatte. Nur spricht Pomponius von der Verpfändung eines nomen oder persönlichen Rechts, Marcian dagegen von der Verpfändung eines Pfandrechts, also eines jus in re, will jedoch des Pomponius Entscheidung auch auf diesen Fall angewandt wissen. Dieß ist der einfache, und nothwendige Zusammenhang der ganzen Stelle. Daher darf man sich nicht etwa dadurch irre machen lassen, daß die Worte des Pomponius:

> Si quidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea, creditorem secum pensaturum (ait Pomponius); si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundam creditorem,

ungefähr eben so lauten, wie die Worte des Paulus in der L. 18. D. cit.

> Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicujus, id quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

Denn, auch abgesehen von dem so eben entwickelten inneren Zusammenhange des Marcianischen Fragments, will Paulus, wie aus den vorhergehenden Worten desselben sich ergiebt,

> Si convenit, ut nomen debitoris mei tibi pignori sit, tuenda est haec conventio a Praetore, ut et te in *exigenda pecunia*, et debitorem adversus me, si adversus eum experiar, tueatur; ergo etc.

vom *jus exigendi* des Innehabers des verpfändeten nomen reden; während Pomponius die obigen Worte ausspricht,

ohne vorher auch nur mit einer Silbe dieses *jus exigendi* zu erwähnen.

Daher sagt Glück [26]), getäuscht durch Merillius und Westphal [27]), mit Unrecht, der Fall des Pomponius sey eigentlich verschieden von dem des Marcian; denn dort habe der Schuldner dem zweiten Gläubiger, hier dagegen dem ersten Gläubiger gezahlt. Das, worin sie eigentlich unterschieden sind, hat Glück nicht hervorgehoben, und das, worin sie sich gleich stehen, als abweichend dargestellt. Denn nur unter der Voraussetzung, daß in beiden Fällen der erste Schuldner dem zweiten Schuldner (erstem Gläubiger) Zahlung geleistet hatte, erhält die ganze Stelle Sinn und Zusammenhang. Wie konnte sich Marcian auf Pomponius berufen, wenn dieser von einer ganz andern Voraussetzung ausgieng? wogegen es nicht widersprechend ist, das was Pomponius von der Verpfändung des nomen sagt, auf die Verpfändung des Pfandrechts anzuwenden, indem Marcian dadurch ausspricht, daß beide, wenn gleich in sich verschiedene Fälle auf gleiche Weise zu entscheiden seyen.

Auch Mühlenbruch a. a. O. versteht den Fall des Pomponius auf ähnliche Weise, wie Glück, indem er sagt: ist Geld Gegenstand der Forderung, so kann der zweite Gläubiger sein Pfandrecht an dem nomen nur so lange geltend machen, als dasselbe noch existirt. Er kann also die Schuld selbst einfordern (dieß sagt freilich Paulus in der L. 18. D. cit., nicht aber Pomponius), und in diesem Fall, so viel ihm gebührt, auf seine eigne Forderung abrechnen. Ist aber eine nicht fungible Sache (richtiger: eine Sache im eigentlichen Sinn) Object der Forderung, so bleibt ihm diese nach der Solution allemal verpfändet, es mag die Leistung an ihn selbst (davon spricht die L. 18. cit.), oder an den ersten Gläubiger (nur davon spricht Pomponius) geschehen. Hat der Schuld-

---

26) Commentar a. a. O. S. 60. Anm. 83.

27) A. a. O. S. 207.

ner dem After-Pfandgläubiger gezahlt (davon spricht Pomponius noch weniger), so soll der letztere, falls es eine Geldschuld war, so viel als ihm gebührt, auf seine Forderung abrechnen (secum pensaturum); ist dagegen der Gegenstand der Forderung eine andere Sache, so kann er diese als Faustpfand bei sich behalten.

Nach der obigen, gewiß richtigeren Interpretation setzt Pomponius vielmehr den Fall voraus, daß der erste Schuldner dem zweiten, oder seinem Gläubiger Zahlung leistete, mithin der zweite Gläubiger von seinem jus exigendi nicht Gebrauch machen konnte; und nur so stehen sich die Fälle des Marcian und Pomponius gleich, ausgenommen, daß jener vom pignus pignoris, dieser vom pignus nominis redet. Die Worte: exacta ea creditorem secum pensaturum sagen nur aus, daß, wenn der Innehaber des *nomen* das Geld eingefordert hat, er das Empfangene auf seine Forderung abrechne, oder mit andern Worten sich dadurch bezahlt mache; und daß *creditorem* sich auf den Innehaber des nomen oder den ersten Gläubiger bezieht, und nicht auf den zweiten, dem dieß nomen verpfändet war, und welcher es actione utili vom Schuldner des Schuldners eingeklagt haben soll, dieß geht aufs Unzweideutigste schon daraus hervor, daß Pomponius sonst creditorem *secundum* hätte sagen müssen, wie er nachmals sagt: pignoris loco futurum apud *secundum creditorem*, wofür es nach Mühlenbruchs Interpretation schlechtweg: *apud eum* hätte heißen müssen. Der creditor, und der creditor secundus sind also nicht dieselben, sondern verschiedene Personen. Jener ist der erste Gläubiger, welcher sich durch das von seinem Schuldner eingeklagte Geld bezahlt macht, ohne daß seinem Gläubiger ein Pfandrecht an diesem Gelde zusteht; während es sich umgekehrt verhält, wenn das von ihm eingeklagte Object eine Sache ist, indem alsdann diese an die Stelle des erloschenen Pfandrechts am nomen tritt.

Verbinden wir daher die L. 18. pr. cit. mit der Ent-

scheidung des Pomponius, so sagen sie gemeinschaftlich dieses aus: Ist ein *nomen* verpfändet, welches zu seinem Gegenstande Geld hat, so hat zwar der Innehaber dieses Pfandrechts ein *jus exigendi*, und macht sich durch das Empfangene bezahlt (Paulus); machte er dagegen, oder konnte er von seinem jus exigendi nicht Gebrauch machen, weil der dies solutionis noch nicht gekommen war, und inzwischen befriedigt der erste Schuldner seinen Gläubiger, so macht sich dieser letztere dadurch bezahlt, und dem Gläubiger desselben steht kein Pfandrecht an diesem Gelde zu (Pomponius). Besteht dagegen das Object der verpfändeten Forderung in einer Sache, so haftet diese dem Innehaber des verpfändeten nomen in allen Fällen, gleichviel ob er selbst von seinem jus exigendi Gebrauch macht (Paulus), oder ob sein Verpfänder auf Tradition der Sache klagt, und dieselbe auch tradirt erhält (Pomponius).

XIX.

Ueber die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung, nach römischem und gemeinem deutschen Recht.

Von Herrn Staatsprocurator Ludwig Bossel zu Coblenz.

Das Archiv für die civilistische Praxis (IV. S. 83) enthält Bemerkungen des Staatsraths, Präsidenten, Freiherrn von Seckendorf zu München über die Lehre von der Erwerbung der Servituten durch Verjährung. Diese Bemerkungen wurden von der Redaction mit Noten versehen.

Später hat Herr Professor Hasse zu Bonn ihnen nochmals (im rheinischen Museum 1828. Heft 4.) Aufmerksamkeit